

Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

DIRECTOR

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho Civil

COORDINADORES

Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano
Catedrático de Derecho Mercantil

Jesús Delgado Echeverría
Catedrático de Derecho Civil

Seminario de Derecho Civil de las Universidades
de Barcelona

SECRETARIO

Ángel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil

ÍNDICE

Daños por incendio / traspaso de local / cláusula resolutoria expresa / capitalización de intereses / créditos tributarios en el concurso / dación en pago / vivienda familiar / incumplimiento recíproco / indemnización por clientela / tratos preliminares / honor / retracto arrendaticio / arras / sumisión jurisdiccional / prescripciones de acciones derivadas de la marca / cerramiento de terrazas / reconocimiento de filiación / rescisoria concursal / responsabilidad de auditores de cuentas / daños previsibles por el incumplidor / compraventa internacional / atribución de uso de la vivienda familiar / contrato de cesión de derechos hereditarios / no discriminación / ampliación hipotecaria / donación modal / pago de deudas de tercero / cesión de créditos

Septiembre-Diciembre 2011

87

Carlos Ignacio Gómez Ligüerre
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pompeu Fabra

Isabel González Pacanowska
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Murcia

Santiago Hidalgo García
Profesor Titular de Escuela Universitaria
Universidad de Valladolid

Leire Imaz Zubiaur
Profesora Agregada de Derecho Civil
Universidad del País Vasco

Francisco J. Infante Ruiz
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Marcos A. López Suárez
Profesor contratado Doctor de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

Albert Lamarca Marqués
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Elena Louroba Lacasa
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

Ignacio Marín García
Personal Investigador en Formación Derecho Civil
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Sergio Nasarre Aznar
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Rovira y Virgili de Tarragona

Miguel Navarro Castro
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Murcia

Adela Daniela Parjolea
Abogada Especialista en Derecho Mercantil
Universidad Jaume I de Castellón

Fernando Peña López
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de A Coruña

Jaume Tarabal Bosch
Profesor de Derecho Civil
Universitat de Barcelona

Elisa Torralba Mendiola
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Magdalena Ureña Martínez
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

M^a Ángeles Zurilla Cariñana
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SENTENCIAS, RESOLUCIONES Y COMENTARIOS

- 2302** SENTENCIA DE 29 DE JULIO DE 2010: *Responsabilidad por daños derivados de un incendio en un campo de caravanas. Delimitación del ámbito de aplicación de la interpretación objetivadora de la jurisprudencia («doctrina del riesgo»). Causa petendi: trascendencia de la narración de hechos contenida en la demanda para limitar los poderes de enjuiciamiento del juzgador del caso.* Por Fernando Peña López 1385
- 2303** SENTENCIA DE 30 DE JULIO DE 2010: *Requisitos personales para entender que se ha producido un traspaso de contrato de arrendamiento de local de negocio conforme a las disposiciones de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964.* Por Carlos Ignacio Gómez Ligüerre 1405
- 2304** SENTENCIA DE 6 DE SEPTIEMBRE DE 2010: *Resolución de compraventa inmobiliaria por impago del precio. Irrelevancia de incumplimientos parciales imputables a la promotora vendedora. Eficacia del requerimiento resolutorio ex art. 1504 del CC.* Por José Manuel Busto Lago 1433
- 2305** SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010: *Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos.* Por Helena Díez García 1451
- 2306** SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2010: *Concurso de acreedores. Créditos tributarios: base de cálculo del privilegio general en liquidación. Inexistencia de derogación tácita. Prevalencia de la interpretación resultante de la Ley Concursal sobre la inteligencia a contrario de la específica norma tributaria. Interpretación sistemática superadora de la interpretación a contrario y de la voluntas legislatoris.* Por Jacinto Gil Rodríguez 1487
- 2307** SENTENCIA DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010: *Fianza. Quiebra. Dación en pago. Extinción del crédito y de la fianza.* Por Francisco J. Infante Ruiz 1515
- 2308** SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2010: *Entrega de la posesión de un inmueble que había sido vivienda familiar al adjudicatario: procedencia. Hipoteca de bien privativo del marido, donde se constituyó la vivienda familiar, consentida por la mujer: atribución del uso a la mujer e hijas en sentencia de separación: adjudicación a tercero de la vivienda en procedi-*

- miento hipotecario: no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas: inaplicación del art. 669.2 LECiv/2000 al ser el derecho de uso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca. Por Sergio Nasarre Aznar 1533
- 2309 SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2010: Resolución contractual e incumplimiento recíproco. Por Natalia Álvarez Lata 1551
- 2310 SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2010: Indemnización por clientela; nulidad de la cláusula de cuantificación de la indemnización; prohibición de toda cláusula que impide al agente llegar a la indemnización máxima prevista legalmente. Por Adela Daniela Parjolea 1565
- 2311 SENTENCIA DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2010: Perfección del contrato. Consentimiento contractual. Oferta contractual: requisitos; efectos; diferencias con los tratos preliminares. Por Jaume Tarabal Bosch 1585
- 2312 SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2010: Intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. Honor profesional. Por M^a Ángeles Zurilla Cariñana 1603
- 2313 SENTENCIA DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2010: Contrato de arrendamiento urbano. Derecho de retracto del arrendatario. Venta conjunta de pisos agrupados por un solo precio. Plazo legalmente establecido para el ejercicio del retracto. Determinación del precio individualizado como elemento esencial del retracto. Por Domingo Bello Janeiro 1619
- 2314 SENTENCIA DE 11 DE NOVIEMBRE DE 2010: Pacto de arras penitenciales acompañado únicamente de una entrega parcial de las mismas. Por Miguel Navarro Castro 1637
- 2315 SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2010: Contrato de agencia; acuerdos de sumisión jurisdiccional. Por Elisa Torralba Mendiola 1651
- 2316 SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010: Prescripción de las acciones civiles derivadas de la lesión del derecho de marca. Doctrina de los actos continuados. Por Albert Lamarca Marques 1667
- 2317 SENTENCIA DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2010: Propiedad Horizontal: alteración de elementos comunes; cerramiento de terrazas. Por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano 1689
- 2318 SENTENCIA DE 29 DE NOVIEMBRE DE 2010: Impugnación de filiación determinada en virtud de reconocimiento. Por Juan Antonio Fernández Campos 1701
- 2319 SENTENCIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 2010: Ejercicio de acción de reintegración del art. 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal frente a hipoteca conjunta constituida por nuda propietaria no deudora. Presunción de perjuicio patrimonial derivada de acto a título gratuito y posibilidad de rescisión parcial. Por José Carlos Espigares Huete ... 1715

- 2320 SENTENCIA DE 15 DE DICIEMBRE DE 2010: Responsabilidad civil de los auditores de cuentas frente a terceros. Causalidad material o física y causalidad jurídica o imputación objetiva. Recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal. Prohibición de condenas con reserva de liquidación. Por Marian Gili Saldaña e Ignacio Marín García . 1751
- 2321 SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 2011: Contrato de compraventa de inmueble: resolución e indemnización de daños. Interpretación del artículo 1107, párrafo primero, del Código civil: daños indemnizables y fin de protección del contrato. Por José Ramón García Vicente 1775
- 2322 SENTENCIA DE 17 DE MARZO DE 2011: Compraventa mercantil internacional. Interpretación de los contratos. Delegación. El pago a persona autorizada para recibirlo. Por María Dolores Cano Hurtado 1795
- 2323 SENTENCIA DE 14 DE ABRIL DE 2011: Atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual al menor y al progenitor titular de la guarda única en defecto de acuerdo de los cónyuges. Doctrina jurisprudencial del TS en interés casacional: imposibilidad de temporalizar el derecho de uso de la vivienda familiar al tiempo de la liquidación de la sociedad de gananciales, mientras los hijos sean menores de edad, al tratarse de una materia taxativa cuya finalidad es la protección del interés del menor. Por Magdalena Ureña Martínez 1815
- 2324 SENTENCIA DE 15 DE ABRIL DE 2011: Validez de contrato de cesión parcial de derechos hereditarios, otorgado tras la muerte de la causante, por aceptación tácita de la herencia al disponer la titular de su ius delationis en pro de terceros. Por Leire Imaz Zubiaur 1829
- 2325 SENTENCIA DE 20 DE ABRIL DE 2011: Aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo a una relación profesional que tiene origen en un contrato de arrendamiento de servicios. Se aplica la doctrina del Tribunal Constitucional sobre prohibición de discriminación por razón de sexo en las relaciones de trabajo. Interpretación de la normativa interna conforme a los principios establecidos en sendas Directivas de la Unión Europea sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres. Protección del derecho al nombre; la utilización ilegítima exige ausencia de consentimiento del titular del derecho. Por María Teresa Carrancho Herrero 1847
- 2326 RESOLUCIÓN RDGRN DE 12 DE MAYO DE 2011: La ampliación de una hipoteca inmobiliaria de tráfico, que implica incremento de la responsabilidad hipotecaria, funciona, respecto de la ampliación y frente a terceros, como una nueva hipoteca, manteniendo la originaria su rango. El hecho de que la cuota establecida para la amortización del préstamo originario y del ampliado sea única, no impide la existencia de dos hipotecas, cada una con su rango. Aplicación de las normas de imputación de pagos a los pagos o amortizaciones parciales. Por José Manuel Busto Lago 1873
- 2327 SENTENCIA DE 20 DE MAYO DE 2011: Donación modal. Revocación de

OBJETO Entrega de la posesión de un inmueble que había sido vivienda familiar al adjudicatario: procedencia. Hipoteca de bien privativo del marido, donde se constituyó la vivienda familiar, consentida por la mujer: atribución del uso a la mujer e hijas en sentencia de separación: adjudicación a tercero de la vivienda en procedimiento hipotecario: no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas: inaplicación del art. 669.2 LECiv/2000 al ser el derecho de uso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca.

PARTES Belmonte del Tajo SA (recurrente) *contra* D^a Isabel.

PONENTE Excma. Sra. Dña. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS

FALLO Ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículos 96 y 1320 Código Civil y 669.2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

DOCTRINA:

El derecho de uso de la vivienda habitual atribuido al cónyuge no titular de la misma en sentencia de separación no es un derecho real y cede ante hipotecas aceptadas por dicho cónyuge (art. 1320 CC) y constituidas por el cónyuge titular que sean anteriores a la concesión de dicho uso. De manera que cuando el tercero adjudicatario de la vivienda reclama para ella el uso no tiene por qué respetar el derecho de uso del cónyuge no titular (art. 669.2 LEC a sensu contrario).

HECHOS:

Aunque exhaustivamente relatados en el FD 1º de la Sentencia, esencialmente se trata de un pleito que tiene su origen en una hipoteca constituida (en 1995), constante matrimonio, por el cónyuge único titular de

* Este comentario ha sido posible gracias al Proyecto de Investigación AGAUR-Batista i Roca de la Generalitat de Catalunya «Experiencias catalanas, inglesas e irlandesas en el mejoramiento de acceso a la vivienda» (2010 PBR 00052), del que el autor es el investigador principal.

la vivienda familiar, sobre ésta. La demandada, Sra. Isabel, otorgó consentimiento para la hipoteca. En 2000 proceden a separarse, atribuyéndose por sentencia de separación el uso del domicilio familiar a la esposa y a las hijas del matrimonio. En 2001 la Sra. Isabel consiguió la posesión de la vivienda, intentándola inscribir en el Registro de la Propiedad en 2002, sin conseguirlo. Impagado el préstamo hipotecario, el acreedor instó la ejecución, constando en los edictos de febrero y julio de 2003 que la vivienda se encontraba ocupada. A principios de septiembre, Dña. Isabel comunicó al juez ejecutante su condición de ocupante y su título, dictándose por providencia que Dña. Isabel constase como ocupante a efectos de subasta; recurrida la providencia, el Auto de 26-9-2003 reconocía la sentencia de separación como título suficiente para la ocupación. En la subasta de 1-10-2003 se adjudicó la finca a Belmonte del Tajo SA (recurrente en este proceso), el cual pretendió tener la posesión de la vivienda sin éxito en la Sentencia de primera instancia que lo resolvió, señalando que el derecho de uso tiene un carácter real y debe respetarse, así como el hecho que el derecho de uso era definitivo y compatible con el uso mediato del propietario (art. 432 CC). Quedó confirmada en apelación, recalcando la falta de diligencia de la apelante Belmonte del Tajo SA al desconocer el título que tenía la Sra. Isabel, que lo supo por los edictos lo que lo liga con el art. 661 LEC y si se debe dar preferencia a un derecho o a otro, hay que mantener la preferencia por el del adjudicatario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—1º El 23 de noviembre de 1995, D. Luis Francisco hipotecó un bien privativo en el que había constituido el domicilio familiar. Su esposa, Dª Isabel, demandada y recurrida en este pleito, compareció en el acto de la constitución y otorgó el consentimiento para la hipoteca.

2º Dº Luis Francisco y Dª Isabel se separaron en 5 abril 2000. La sentencia de separación atribuía el domicilio familiar a la esposa y las hijas del matrimonio. Dª Isabel consiguió la posesión de la vivienda en 2001 y en julio de 2002 intentó inscribir en el Registro de la propiedad el derecho de uso, sin conseguirlo.

3º Habiendo resultado impagado el préstamo garantizado con la hipoteca, el acreedor, Banco Esfinge, SA procedió a instar la ejecución. En los edictos publicados el 28 de febrero y el 30 ju-

lio 2003, se hacía constar que la finca subastada se encontraba ocupada.

4º Al conocer la existencia de dicho procedimiento, Dª Isabel comunicó al juzgado con fecha 17 junio 2003, la situación posesoria de la vivienda y el título que la legitimaba para poseer. En 3 septiembre 2003, el Juzgado acordó que la condición de Dª Isabel como ocupante constara a los efectos de la subasta. La entidad ejecutante recurrió dicha providencia, siendo desestimado el recurso de reposición por auto de 26 septiembre 2003, donde se reconocía de nuevo la sentencia de separación como título suficiente para la ocupación. Por causa no acreditada, los nuevos edictos no llegaron a publicarse.

5º La subasta tuvo lugar el 1 octubre 2003. La finca se adjudicó a BELMONTE DEL TAJO, SA.

6º BELMONTE DEL TAJO, SA demandó a Dª Isabel y solicitó que se declarara su derecho a poseer la vivienda adjudicada en el procedimiento hipotecario. Dª Isabel se opuso, alegando los hechos que se han resumido.

7º La sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Colmenar Viejo desestimó la demanda de BELMONTE DEL TAJO, SA. Se dice que debe estudiarse si procede o no el desalojo, a lo que entiende que la respuesta *"debe ser negativa"*. Señala que *"[...] la demandada tiene a su favor un derecho real de uso de la vivienda, que le permite el derecho a poseerla. El ius possidendi, de similares características al que tiene el arrendatario, el usufructuario o el enfiteuta, es merecedor de protección jurídica en plena coexistencia con el del propietario en los términos del art. 432 CC (LEG 1889, 27), que permite la confluencia de la posesión mediata y la inmediata"*. *"[...] no puede olvidarse que la atribución del uso de la vivienda fue hecha con carácter definitivo antes del procedimiento de ejecución hipotecaria y, por tanto de la adquisición (sic) es posterior y resulta la coexistencia de dos posesiones distintas y compatibles"*.

8º El demandante BELMONTE DEL TAJO, SA, recurrió en apelación. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 18 enero 2006, confirmó la sentencia apelada, utilizando tres tipos de argumentos: a) la apelante no desarrolló una conducta diligente, porque *"una actuación mínimamente diligente le hubiera debido conducir a tomar conocimiento mediante el examen pormenorizado de los autos de cuál era la condición del ocupante y cuál era el título que legitimaba dicha ocupación"*, lo que excluye la buena fe del apelante; b) en los edictos se hizo constar que de acuerdo con el art. 661 LEC (RCL 2000, 34 y RCL 2001, 1892), que la finca se encontraba ocupada, habiendo advertido el juzgado que los ocupantes tenían derecho a permanecer en el inmueble, a salvo las acciones que pudieran corresponder para desalojarles, y c) en la situación entre dar

preferencia al derecho del adjudicatario frente al de la esposa como vivienda familiar, hay que mantener la preferencia de éste último. Además, Dª Isabel no era prestataria.

9º BELMONTE DEL TAJO, SA formula el presente recurso de casación, al amparo del art. 477,2.2 LEC, con un único motivo, que fue admitido por auto de 9 diciembre 2008.

SEGUNDO.—El recurrente señala la infracción de los Arts. 1320 y 96 CC (LEG 1889, 27), 13 LH (RCL 1946, 886); 94.1 RH (RCL 1947, 476, 642) y DA 9ª de la ley 30/1981, de 7 de julio (RCL 1981, 1700). En el acto de la vista, el recurrente aludió a las nuevas circunstancias acontecidas desde la presentación del recurso de casación y concretamente las sentencias del pleno de esta Sala de 14 (RJ 2010, 2323) y 18 enero 2010 (RJ 2010, 1274).

En su razonamiento, BELMONTE DEL TAJO, SA utiliza diferentes argumentos: 1º Resume los hechos; 2º Respecto a la infracción del art. 1320 CC, dice que integra la norma básica de protección de la vivienda en fase de normalidad del matrimonio y es un mecanismo para asegurar la ocupación por el cónyuge no titular. No hay norma que de preferencia a la vivienda en relación a las ejecuciones. Añade que en la crisis matrimonial, *"se rompe la situación copositoria que presupone el art. 1320 CC"*, por lo que hay que determinar quién va a ser el titular del uso y por ello, se debe aplicar el art. 96.4 CC; 3º El derecho de uso atribuido en la resolución judicial se debería haber inscrito en el Registro de la Propiedad, para que no pudiera verse perjudicado por las posteriores transmisiones efectuadas por el propietario. Desde la STS de 11 diciembre 1992 (RJ 1992, 10136) se hace resistente el derecho al uso. La atribución de la vivienda familiar es oponible a terceros, pero ello se encuentra supeditado a que su titularidad traiga

causa de un acto de disposición llevado a cabo por el cónyuge no usuario con posterioridad a la decisión judicial. Esta oponibilidad deberá referirse a quien tenga inscrito el derecho. La sentencia dictada en el procedimiento matrimonial no puede perjudicar a los terceros que no han sido parte en aquel proceso. Por ello, si el derecho a la vivienda no tuvo acceso al Registro, no será oponible al tercero adjudicatario, que se verá protegido por las normas de la Ley Hipotecaria.

TERCERO.—Para centrar la discusión, deben examinarse los tres grupos de argumentos de la recurrente, a los que se añaden los utilizados en el acto de la vista, a los que se aludirá a lo largo de los fundamentos de esta sentencia.

Respecto a la enumeración de los hechos acaecidos, debe rechazarse el recurso, puesto que si se trata de una alegación, incurre en supuesto de la cuestión y debería haberlo llevado al recurso extraordinario por infracción de las reglas de la prueba y si solo es una enumeración de los hechos a los efectos de orientar al juez en la casación, resulta absolutamente inútil al resultar los hechos probados de la sentencia apelada.

CUARTO.—Es cierto que esta Sala ha declarado en las sentencias a que se refirió la recurrente en el acto de la vista oral, que el derecho a la vivienda acordado judicialmente en la sentencia de separación o de divorcio no tiene carácter de derecho real. Las sentencias de 14 y 18 enero 2010 coinciden en la misma doctrina en relación a la naturaleza del derecho atribuido al cónyuge adjudicatario de la vivienda y señalan que: *"De la ubicación sistemática de este precepto [art. 96 CC] y de la consideración de los intereses a los que atiende su contenido se desprende que el derecho de uso a la vivienda familiar concedido mediante sentencia no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que*

se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección (así se ha estimado en la RDGRN de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 3006)). Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RDGRN de 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634))". La sentencia antes citada, de 18 enero 2010 dice que *"el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad"*.

Ciertamente, la doctrina resumida ha sido dictada para los supuestos en que un tercero ha cedido el uso de la vivienda a uno de los cónyuges, sin contraprestación, pero ello no impide que la fijación jurisprudencial de la naturaleza del derecho al uso atribuido a uno de los cónyuges en sentencia de separación o divorcio sea aplicable en todos aquellos casos en que ello sucede. Por ello, debe entenderse aplicable en este supuesto la doctrina anterior, por lo que debe rechazarse que el derecho de D^a Isabel tenga la naturaleza de derecho real.

QUINTO.—A partir de lo dicho en el Fundamento anterior, la discusión que se produce en el presente supuesto debe centrarse en lo siguiente: a) constante matrimonio, la esposa consintió en el acto de disposición del ma-

rido sobre la vivienda familiar, que consiste en el otorgamiento de una hipoteca en garantía de deuda propia del marido; b) se produce la separación y el inmueble se adjudica a la esposa e hijas comunes; c) el crédito resulta impagado y el banco acreedor ejecuta la hipoteca; d) en subasta se adjudica a la ahora recurrente, que pretende obtener la posesión del inmueble.

El problema así planteado se centra en determinar los efectos del consentimiento prestado por la esposa para la hipoteca del bien destinado a domicilio familiar.

La jurisprudencia ha interpretado el art. 1320 CC como una norma de protección de la vivienda familiar (SSTS de 3 enero 1990 (RJ 1990, 31) y 31 diciembre 1994 (RJ 1994, 10330)). La doctrina, a su vez, considera que con dicho artículo se pretende conseguir la protección de la vivienda, y por ello se protege a uno de los cónyuges contra las iniciativas unilaterales del otro; alguna parte de la doctrina señala que en el fondo de la norma se encuentra el principio de igualdad, que se proyecta en un doble sentido: en el consenso para la elección de la vivienda y en el control de ambos cónyuges para su conservación. El consentimiento se exige para aquellos casos en que el acto de disposición implica la eliminación directa del bien del patrimonio de su propietario, así como aquellos negocios jurídicos, como la hipoteca, que llevan consigo posibilidades de que el bien en cuestión desaparezca de dicho patrimonio, por la ejecución en caso de impago de la deuda garantizada con el derecho real.

El consentimiento constituye una medida de control, que se presenta como "declaración de voluntad de conformidad con el negocio jurídico ajeno —es decir, concluido por otro— por la que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte", siendo requisito de validez del

acto de disposición, ya que su ausencia determina la anulabilidad del negocio jurídico en cuestión.

En el presente litigio, la esposa, D^a Isabel, aceptó la hipoteca constituida por su marido sobre un bien destinado a vivienda habitual; de este modo, el negocio jurídico de disposición es válido y no puede ser anulado, porque en su celebración concurren los requisitos exigidos en el art. 1320 CC cuando el bien hipotecado se destina a vivienda familiar. En consecuencia, ejecutado el inmueble que garantizaba con hipoteca la deuda del marido, no puede oponerse la posesión derivada del derecho de uso del inmueble atribuido a la recurrida y sus hijas.

Además, es cierto que en el caso de que el impago y la posterior ejecución hubiese tenido lugar constante matrimonio, se hubiera producido el lanzamiento de los cónyuges como consecuencia de la adjudicación del inmueble al tercero adquirente, argumento que lleva a afirmar que no pueden alterarse las reglas de la ejecución hipotecaria en el caso en que se haya adjudicado el uso del inmueble a uno de los cónyuges que por otra parte, había consentido en su momento el acto de disposición. Porque, además, no se trata de la buena o mala fe del adquirente, dado que la hipoteca existía y era válida como consecuencia del consentimiento prestado por el cónyuge no propietario antes de la atribución del uso en el procedimiento matrimonial.

La parte recurrida alega que debe aplicarse lo dispuesto en el art. 669.2 LEC, que establece que "por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor". Dicha disposición no es aplicable a este caso porque

la pretendida carga, es decir, el derecho de uso, es en todo caso posterior al crédito por el que se ejecutaba la hipoteca, consentida, por la esposa recurrida.

En consecuencia de lo anterior, se estima el único motivo del recurso.

SEXTO.—La estimación del único motivo del recurso formulado por la representación procesal de BELMONTE DEL TAJO, SA, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 18, de 18 enero 2006 (AC 2006, 671), determina la de su recurso de casación.

No se imponen a ninguna de las partes las costas del presente recurso de casación, de acuerdo con lo establecido en el art. 398-1 LEC.

SÉPTIMO.—Al haberse estimado el recurso de casación presentado por la representación procesal de BELMONTE DEL TAJO, SA se casa y anula la sen-

tencia recurrida, por lo que esta Sala debe asumir la instancia y dictar nueva sentencia. Por tanto, se estima la demanda presentada por BELMONTE DEL TAJO, SA y en consecuencia se declara el derecho de la entidad BELMONTE DEL TAJO, SA a poseer la vivienda que le ha sido adjudicada en el procedimiento hipotecario: "Urbana en Navacerrada.-Parcela de terreno en término de Navacerrada, al sitio de la DIRECCION000, señalada con los números NUM000 y NUM001 del plano general de la urbanización, sobre la que existe construida una vivienda, finca registral NUM002. Inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Colmenar Viejo", con desalojo de la demandada D^a Isabel, cuya fecha se determinará en ejecución de sentencia.

Al tratarse de una cuestión que presenta serias dudas en la interpretación de las disposiciones aplicables, no se imponen las costas de la primera instancia ni de la apelación a ninguna de las partes litigantes.

COMENTARIO:

I. INTRODUCCIÓN

La única cuestión tratada por la Sentencia que nos ocupa es si el derecho de uso sobre vivienda habitual concedido vía art. 96 CC debe prevalecer ante otros derechos que recaigan sobre dicho inmueble y qué criterios son los que establecen dicha preferencia.

La cuestión, que en principio debe sería sencilla y aclarada desde hace tiempo, merece en esta sentencia la no imposición de costas a las partes ni en primera instancia —tampoco en apelación ni en casación— «al tratarse de una cuestión que presenta serias dudas en la interpretación de las disposiciones aplicables» (art. 394.1 LEC).

Cinco son las cuestiones que serán objeto de comentario en esta ocasión: 1) cuál es la naturaleza jurídica del derecho de uso del art. 96 CC, 2) qué implica que el cónyuge no titular aceptase la constitución de la hipoteca, 3) por qué —ratio legis— entonces debe triunfar el adjudicatario hipotecario; 4) cuál hubiese sido la solución en el ordenamiento jurídico de Cataluña cuya configuración de este uso viene regulada en los recién entrados en vigor (desde el 1-1-2011) arts. 233-21 a 233-25 Código Civil

de Cataluña (CCC); 5) Una breve nota de derecho comparado en relación al derecho inglés y los overriding interests del cónyuge no titular.

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL USO ATRIBUIDO AL CÓNYUGE NO TITULAR DE LA VIVIENDA HABITUAL VÍA ART. 96 CC

Según la STS 18-1-2009 (RJ 2010, 1274) «el Código Civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el art. 83.3 CF y el art. 233-22 del proyecto de Libro II del Código Civil Catalán se han decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza, al declararlo inscribible en el Registro de la propiedad». Sin entrar ahora la solución dada por el derecho civil catalán —vid infra— lo cierto es que es el propio Tribunal Supremo el que niega la naturaleza de derecho real al derecho de uso del art. 96 CC. Lo justifica por dos motivos (STS 14-1-2010 [RJ 2010, 2323]): la ubicación sistemática del precepto y la consideración de intereses a los que atiende, ambos motivos, a nuestro juicio, al menos criticables: la colocación sistemática es la que le corresponde por ser la liquidación posesoria de la vivienda habitual uno de los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio (de hecho, en Cataluña está en el Libro 2^o CCC que es el dedicado a la persona y a la familia y no en el Libro 5^o, y a pesar de ello el TS ha dicho, como hemos visto, que tiene carácter real); y la consideración de intereses a los que atiende no especifica cuáles son y por qué no pueden ser igualmente atendibles calificando el derecho a usar de otro modo.

En cualquier caso, viene de largo la discusión sobre la naturaleza jurídica del derecho de uso del art. 96 CC, si se trata de un derecho personal o real, hasta el punto de que tanto la DGRN como el TS han tenido que superar tal distinción y, en diversos momentos, llegarlo a calificar como de un «derecho familiar». Comenzando por la doctrina, entre los que lo han considerado derecho real se encuentran LACRUZ BEDEJO (que lo califica de derecho de habitación temporal no vitalicio) y CAMY SÁNCHEZ-CANETE (quien considera que o bien es un derecho de usufructo con particularidades o bien un derecho de habitación que se extiende a toda la vivienda). En esta misma línea, reconociendo la dificultad de su calificación, se encuentra VILLAGRASA ALCAIDE, quien lo califica como de derecho de uso sui generis. Por su parte, DE LA PUENTE ALFARO niega su naturaleza real dado que no tiene los requisitos necesarios para su existencia, como son la titularidad, la capacidad y el poder de disposición. Finalmente, ROCA TRIAS, precisamente la ponente de la Sentencia que aquí comentamos, defiende que no se trata de que se atribuya derecho real o de crédito alguno al cónyuge que le ha correspondido la posesión exclusiva, sino que se trata de un supuesto de destrucción de la coposesión, causado por la atribución por Sentencia o convenio regulador de la posesión en exclusiva, con lo que no está de acuerdo DÍAZ FRAILE, quien lo califica

de verdadero derecho subjetivo y no simplemente de una mera legitimación posesoria, aunque no se decide sobre su carácter real ni patrimonial (DÍAZ FRAILE, Juan María, El uso de la vivienda familiar en el Libro II sobre la persona y la familia del Código Civil de Cataluña y su tratamiento jurisprudencial, en BARRADA, GARRIDO y NASARRE [coords.], «El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código Civil de Cataluña», Barcelona, 2011 [en prensa], ed. Bosch; para una completa recopilación doctrinal, ver BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, El uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial. Implicaciones sustantivas y registrales, en BARRADA, GARRIDO y NASARRE [coords.], «El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código Civil de Cataluña», Barcelona, 2011 [en prensa], ed. Bosch). En cuanto a la jurisprudencia, ésta ha sido vacilante. Así, las SSTs 11-12-1992, 20-5-1993, 18-10-1994, 11-12-2002 y 22-4-2004, consideran o bien que es una carga sobre el inmueble o bien que es un derecho real familiar y, en cualquier caso, que debe ser oponible erga omnes. Descartan su naturaleza real las SSTs 22-12-1992 y 29-4-1999. Tampoco lo tiene claro la DGRN, a la luz de las contradictorias RRDGRN 25-10-1999 (derecho real erga omnes con acceso al Registro de la Propiedad, independientemente de que el derecho de uso sea o no un derecho real) y 20-2-2004 (derecho puramente familiar con ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda; se reitera esta posición en las RRDGRN 3-6-2006 y 27-8-2008). Según la RRDGRN 27-8-2008 no corresponde calificar a este derecho de uso como de crédito o real dado que no es de carácter patrimonial, sino personal, de lo que se extrae que el derecho puede tener duración variable, que queda disociada la titularidad del derecho (el cónyuge al cual se le atribuye) de los beneficiarios (los hijos) y que basta, por lo tanto, para su inscripción que ésta se haga a favor del cónyuge titular.

Por su parte, la presente resolución confirma simplemente lo que ya venían diciendo las SSTs de 14 y 18 de enero de 2010 en sede de determinación del contenido posesorio del cónyuge que a partir del art. 96 CC tiene el derecho a usar una vivienda de la que no son propietarios ninguno de los dos cónyuges (están en arrendamiento, comodato, precario, etc.): que no es un derecho real. Mal puede el art. 96 CC ser considerado como un derecho real cuando este derecho a uso, determinado por sentencia en base a dicho precepto, recaer, por ejemplo sobre un precario. Y ello poco tiene que ver con que la DGRN admita su inscripción ya que, como es sabido, no todo lo que accede al Registro de la Propiedad es un derecho real y menos lo es por el mero hecho de ser o estar inscrito.

Lo que no dice la Sentencia comentada es qué es, lo que realmente sí podría haber supuesto una novedad. De hecho le da un único efecto patrimonial resultado de una interpretación literal del precepto, en concreto, del art. 96.4 CC: que sirve como una limitación de disponer imputada al cónyuge titular, el cual no podrá disponer (se entiende, enajenar y gravar) de la vivienda. Como consecuencia de ello, el único efecto

es su anulabilidad (arts. 1261 y 1300 CC), con plazo de caducidad de 4 años (art. 1301 CC).

Determinar que el derecho de uso del art. 96 CC, primero, no es un derecho real y, segundo, que simplemente implica una limitación al poder de disposición del (ex) cónyuge titular de la vivienda, posibilita al TS prescindir en la presente resolución de debatir sobre el conflicto de derechos reales entre el derecho al uso y la hipoteca ejecutada en cuestión (prior in tempore, derechos inscritos vs no inscritos, etc.), al tiempo que se vuelve irrelevante el único efecto patrimonial admitido, en tanto que el consentimiento dado a la hipoteca lo fue en sede de art. 1320 CC y no del 96.4 CC. En definitiva, el hecho de no aclarar la naturaleza jurídica del derecho al uso del art. 96 CC al tiempo que se descarta que pueda tratarse de un derecho real, posibilita al TS pasar a resolver en sede del art. 1320 CC en relación con la hipoteca y su ejecución posterior.

III. LO QUE IMPLICA HABER DADO CONSENTIMIENTO A LA HIPÓTECA. CONSECUENCIAS SI HUBIESE INSCRITO EL DERECHO DE USO

El art. 1320 CC señala que «para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos o, en su caso, autorización judicial».

La Sra. Isabel consintió en la constitución de la hipoteca en 1995, de manera que ningún tipo de anulabilidad puede desprenderse de su falta de consentimiento a la misma vía art. 1320 CC y arts. 1261 y 1300 CC. Si no hubiese consentido, tendría 4 años de caducidad desde que conoció tal constitución o, es su defecto, desde la disolución de la sociedad conyugal o desde la disolución del matrimonio. De no haber impugnado, el negocio se habría convalidado y estaríamos en el mismo supuesto que se crea al haber prestado consentimiento.

Aunque la Sentencia no lo dice expresamente, el hecho es que la aceptación en la constitución de la hipoteca por parte de la Sra. Isabel implica automáticamente la limitación del alcance de su derecho a usar la vivienda habitual en exclusiva como resultado de su separación. Es decir, la Sra. Isabel, desde tal consentimiento, pasa a poder usar en exclusiva una vivienda hipotecada, no simplemente una vivienda. Es decir, siguiendo la jurisprudencia del TS y las resoluciones de la DGRN (en cuanto a posibilidad de inscripción del derecho de uso), este derecho al uso está limitado en relación al derecho sobre el que recae (STS 31-12-1994, que impide que la atribución del uso pueda generar un derecho que antes era inexistente) que, en este caso, no es una finca sin cargas sino una finca gravada —debidamente, dado que cumple con los requisitos del art. 1320 CC— con una hipoteca. De manera que cuando la Sra. Isabel pasa a tener derecho a poseerla, lo hace con las limitaciones que

ello implica: en precario si recaía sobre precario (STS 30-10-2008 [RJ 2008, 6924]; ello cumple con el principio de tracto sucesivo registral que se proyecta en este caso en que no puede practicarse una inscripción del derecho de uso sobre una finca, el titular registral de la cual no ha sido parte en el procedimiento en el que se ha atribuido, DGRN 18-1-2008), un uso limitado por el arrendamiento si lo estaba en arrendamiento (art. 15 LAU), lo mismo si la finca estaba en usufructo (la RDGRN 21-6-2004 a sensu contrario, en tanto que esta no permite inscribir el uso en relación a la vivienda cuando el usufructo de esta está en manos de un tercero) y, por lo tanto, sobre finca hipotecada si así lo estaba. El derecho a usar está condicionado por los límites y riesgos que implica el derecho a usar una finca previamente hipotecada, como es la ejecución de la hipoteca: ejecutada y rematada ésta, el derecho de uso dado a la Sra. Isabel por sentencia matrimonial, queda extinguido (a la misma conclusión llega DÍAZ FRAILE, El uso de la vivienda...).

Con ello no se comete injusticia alguna. De hecho, la Sra. Isabel siempre podría haber pagado ella la deuda hipotecaria –pago por tercero–, enervando así la ejecución hipotecaria y conservando de este modo su derecho a usar, y repercutir lo satisfecho posteriormente a su cónyuge titular tanto de la finca como del crédito hipotecario. Ello está conforme con el principio registral de inoponibilidad de lo no inscrito del art. 32 LH (RDGRN 31-3-2000).

La duda que puede plantearse es si hubiese cambiado algo si se hubiera llegado a inscribir el derecho de uso. Se reseña en el FD^o 1^o de la Sentencia que intentó inscribirlo sin éxito. La DGRN permite la inscripción del derecho de uso al cónyuge titular de dicho derecho de uso por sentencia y a su favor (DGRN 10-10-2008 [RJ 2009, 634]) aunque también señala que su único contenido patrimonial es la limitación de disponer del art. 96.4 CC (que nada tiene que ver con el presente supuesto, porque el gravamen hipotecario es preexistente). Del mismo modo, la STS 11-11-1992 (RJ 1992, 10136), sin decir que era un derecho real, dio la posibilidad de que el derecho de uso pudiese oponerse a terceros, con posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. De esta forma, tenemos:

a) La Resolución del TS comentada señala que «el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar» (en la línea de la RDGRN 14-5-2009 [RJ 2009, 3006]) y de ahí deriva su peculiaridad en la disociación entre la titularidad del derecho (cónyuge custodio) y su beneficiario (los hijos). Su contenido es un «correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma (cfr. art. 154 CC), que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial» (RDGRN 14-5-2009).

b) Que, sin ser un derecho real, el haz de facultades que implica el

derecho al uso queda subsumido (que no, por lo tanto, auténticamente confundido entre derecho real de uso y dominio) en el dominio si por liquidación del régimen económico matrimonial a quien le corresponda usar la vivienda habitual también adquiere la propiedad de ésta. Así, la RDGRN 14-5-2009 señala que «sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal (STS de 4 de abril de 1997), y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (ex cónyuge) titular del dominio (RDGRN de 25 de octubre de 1999), quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca». Por eso, dice la RDGRN 14-5-2009 y también la de 10-10-2008, carece de interés su reflejo registral cuando el cónyuge beneficiado por el uso también tiene el dominio exclusivo de la finca.

c) Bien, pero la duda que permanece es si, constituida válidamente la hipoteca, adjudicado luego e inscrito el derecho de uso, para ulteriormente producirse la ejecución hipotecaria y remate del inmueble, debería el rematante respetar el derecho de uso. La STS 22-4-2004 (RJ 2004, 2713) da a entender, en un caso muy parecido al presente, que no se le debía respetar el derecho de uso a la persona beneficiada porque en ningún momento (ni en el inicial, inscribiéndolo en el Registro de la Propiedad, ni durante el proceso de ejecución hipotecaria) lo hizo público, a pesar que claramente el derecho de uso era posterior a la constitución de la hipoteca. De esa ocultación también concluye el Tribunal que el tercero que desconocía esta situación no tiene por qué sufragar las necesidades familiares de vivienda ¿Quiere ello decir que si se le da publicidad al derecho de uso atribuido en sentencia de separación o divorcio, a pesar de nacer posteriormente a la constitución de hipoteca registrada, debería ser respetado por el adjudicatario debiendo éste que sufragar las necesidades de vivienda del titular del derecho de uso y de sus hijos? Entendemos que no (en el mismo sentido CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, Comentario a la Sentencia de 22 de abril de 2004, «CCJC», núm. 67, enero/abril 2005, p. 1793; se ampara en el AAP Barcelona 15-5-2001 [JUR 2001, 215399], que señala que «Para que esta inscripción hubiera protegido al titular del derecho real de uso especial de vivienda familiar, habría de anteceder a la hipoteca»), tanto en base al principio de prioridad registral (ha accedido primero la hipoteca) como en base al art. 34 LH, que consagra que quien confía en el Registro (cuando constituyen la hipoteca, no hay derecho de uso inscrito) de buena fe debe quedar protegido. De hecho, la publicidad registral del derecho al uso impide la aplicación del art. 34 LH al tercero (adjudicatario), como lo indican las RRDGRN 25-10-1999 y 20-1-2004 (que amparan la inscripción en base a la trascendencia erga omnes que puede tener la limitación de las facultades dispositivas del propietario), de manera que sólo si el derecho de uso es anterior a la constitución de la hipoteca, deberá respetarlo el rematante. Con ello también se despeja la duda que podía plantear la STS 22-4-2004 que parecía apuntar a que si en cualquier momento el beneficiario por el uso señala que lo tiene –como así parece sucedió

en el presente caso—, por ejemplo, en el procedimiento de ejecución hipotecaria, tal derecho de uso debía prevalecer sobre el rematante porque ya lo conocía. Coincidiendo con el AAP Barcelona 15-5-2001, el adjudicatario trae causa del momento de la constitución —válida— de la hipoteca, que es anterior al conocimiento o inscripción —cosa que no se dio en el presente procedimiento, pero sí en el supuesto que nos hemos planteado— de manera que en nada le puede afectar que tuviera conocimiento de la ocupación por derecho de uso familiar antes del remate. Todo ello es conforme también con el art. 669.2 LEC, en cuanto a las «cargas anteriores», dado que en este caso la carga es posterior (ver, sin embargo, infra nuestra consideración sobre qué sucedería si el derecho de uso fuera anterior pero la Sra. Isabel hubiese dado consentimiento a la hipoteca posterior en base al art. 96.4 CC). Ello está en consonancia con lo que hemos señalado en el apartado anterior en relación a que la Sra. Isabel adquirió un derecho de uso sobre vivienda hipotecada y no sobre una vivienda libre de cargas, asumiendo los riesgos inherentes a ello, entre los que está que la finca pueda ser ejecutada y rematada.

IV. RATIO LEGIS DE NO TENER QUE RESPETAR LA ADJUDICATARIA DE LA FINCA SUBASTADA EL DERECHO DE LA USUARIA

Por todo lo dicho, entendemos que la adjudicataria, coincidiendo con la Sentencia comentada, no tiene que respetar el derecho de uso concedido a la Sra. Isabel por la sentencia de separación. La línea argumental, en nuestra opinión, entendemos que es:

1. La constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar, que es únicamente propiedad del marido de la Sra. Isabel. El hecho de que la Sra. Isabel consintiese tiene un único efecto: la validez de tal constitución conforme a los arts. 1320, 1300 y 1301 CC. Si ella no hubiese consentido ni nadie impugnado en 4 años, el resultado habría sido el mismo: una hipoteca debidamente constituida por convalidación por falta de impugnación (art. 1313 CC).

2. Tras la constitución de la hipoteca se le concede a la Sra. Isabel el derecho de uso de la vivienda. En cuanto a ello, debe entenderse que:

— El derecho de uso se extiende ya sobre una finca hipotecada, con los riesgos que ello conlleva. Tal y como también dice la Sentencia que ahora comentamos, en el caso de que no hubiese habido separación pero sí impago de la hipoteca, al consentir la Sra. Isabel en su constitución de acuerdo con el art. 1320 CC, se hubiese producido el lanzamiento de los cónyuges del hogar familiar, de manera que el «riesgo» que conlleva tener cualquier derecho sobre finca previa y válidamente hipotecada debe tener su reflejo también en caso de concesión de uso tras procedimiento de crisis matrimonial.

— Que el derecho de uso es un derecho de carácter familiar, atendiendo a la propia STS comentada y a las últimas resoluciones de la DGRN.

— Donde más claramente se ve este carácter familiar es precisamente en el supuesto que nos ocupa: ¿qué legitima a la Sra. Isabel a ser beneficiaria de un derecho a usar, tras la crisis matrimonial, una vivienda que no es suya y sobre la que no ostenta ningún derecho con facultades de uso? Precisamente que ella no es la beneficiaria de tal derecho —al menos, no directamente— sino que lo son sus hijos; ella posee por ellos y gracias a ellos (mientras ellos lo necesiten; de ahí su duración variable y condicionada de la que hablaba la STS 22-4-2004). Y la relación paterno-filial, en derechos y obligaciones, con el padre titular de la finca pero no custodio no puede verse alterada por la separación, de manera que, dentro de sus obligaciones paterno-filiales el padre debe asumir que el haz de facultades correspondientes al uso de la vivienda que dependen de su dominio se establezcan en favor de sus hijos (como ya advertía la RDGRN 14-5-2009). Es decir, a nuestro juicio, tal obligación es alimentaria, derivada del art. 154 CC, ya que dentro del concepto de alimentos se encuentra la obligación de dotar de un techo. Donde claramente se ve este componente alimentario es en el art. 233-20.4, 6 y 7 CCC que permite imputar la atribución del uso de la vivienda a los alimentos a los hijos o, en su caso, a la prestación compensatoria al cónyuge. Es decir, estableciendo el juez como beneficiarios del derecho de uso a los hijos no está más que dando cumplimiento y concretando la obligación de alimentos del padre hacia sus hijos, con los que ya no convive —dado que no es progenitor custodio—, de manera que la madre vive en dicha casa por ser la progenitora custodia, de manera que no tendrá ya derecho a vivir allí cuando la necesidad de alimentos —techo, concretamente— de los hijos desaparezca, es decir, cuando tengan vida independiente. La solución catalana es la más flexible dado que da la posibilidad de cumplir con su deber de alimento al progenitor no custodio de diversas maneras: dando el uso de la vivienda familiar, dando el uso de otra vivienda o dando alimentos en tal cantidad que puedan procurarse otra vivienda. En el CC se limita al primer caso, al menos según el texto del art. 96.1 CC. Y, para el caso de que no existan hijos, puede atribuirse el uso de la vivienda al cónyuge más necesitado (art. 96.3 CC). Y el fundamento de ello en ausencia de hijos, especialmente en el caso que nos ocupa en el que la beneficiaria no tiene título alguno para usar la vivienda, es precisamente el componente alimenticio que tiene la pensión compensatoria (el art. 96.3 CC se refiere al «más necesitado de protección»). Aunque no exista obligación de alimentos entre ex-cónyuges (no son ya parientes), ello no quiere decir que por resolución judicial amparada en la ley se pueda establecer una medida de subsistencia, como entendemos que es la presente. Así, parte de la doctrina ha entendido que el art. 97 CC sobre pensión compensatoria tiene cierto carácter asistencial (MORENO-TORRES HERRERA, M. L., Pensión compensatoria y régimen económico del matrimonio, «Revista de derecho de familia», n.º 44, septiembre de 2009, p. 34). El nuevo régimen de la familia en el Libro 2º CCC, como se ha dicho, es aún más claro, al señalar en el art. 233-20.7 CCC que la

atribución del uso se ponderará como contribución en especie «de la prestación compensatoria que eventualmente merite al otro cónyuge»; y la prestación compensatoria en el nuevo CCC tiene una naturaleza híbrida, en parte alimenticia, en parte compensatoria (NASARRE AZNAR, Sergio, La compensación por razón del trabajo y la prestación compensatoria en el Libro II del Código Civil de Cataluña, en BARRADA, GARRIDO y NASARRE [coords.], «El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código Civil de Cataluña», Barcelona, 2011 [en prensa], ed. Bosch).

3. Que en ningún caso el derecho de hipoteca preexistente y válidamente constituido (o convalidado por falta de impugnación) puede verse afectado por un derecho posterior, esté o no registrado, por lo tanto, tenga o no efectos erga omnes. En nuestro sistema no existen los overriding interests ingleses que explicamos infra y cuyo efecto es, precisamente, que vinculan a derechos anteriores inscritos. Si, en cambio, el derecho de uso estuviera registrado con anterioridad a la constitución de la hipoteca, haría falta el consentimiento del titular del derecho de uso para constituir tal hipoteca (art. 96.4 CC), dado que el acreedor hipotecario podría haber sabido que existía esta limitación de disponer del propietario. De consentir, entendemos que la finca la adquiriría el rematante sin gravamen, en tanto que este derecho de uso no es un derecho real (la sentencia que ahora comentamos se refiere, en este punto y en relación al art. 669.2 LEC, al derecho de uso como «pretendida carga») y el rematante no tiene por qué asumir una obligación de alimentos con los hijos del anterior propietario, al tiempo que el consentimiento por parte del titular del uso de tal hipoteca puede entenderse como una renuncia a usar a finca en caso de ejecución (una especie de asunción del riesgo; o, si fuera venta, en caso de venta de la finca). Tal y como ha señalado jurisprudencia y DGRN, el único contenido patrimonial del derecho a usar familiar es una limitación de disponer, descartándose la naturaleza real del derecho de uso, de manera que el «no consentir» es la única garantía —para seguir poseyendo— que tiene el cónyuge titular del uso y, consintiendo, renuncia a ella. Si no consintiese, la constitución posterior de la hipotecaria sería anulable por parte del titular del derecho de uso (art. 1300 y 1261 CC).

4. Que dado que el derecho que sobre la finca adquiere el rematante trae causa de la hipoteca y, por lo tanto, es irrelevante que conociese en el momento de la subasta que la Sra. Isabel ocupaba a casa en base a un derecho de uso de naturaleza familiar. La finalidad de la hipoteca, que es la de satisfacción preferente al acreedor hipotecario, se vería frustrada si, por cualquier intervención procesal posterior del titular del derecho de uso, avisase a cualquier rematante de su derecho de uso posterior, dado que la finca no se podría vender a precio suficiente para la satisfacción de dicho acreedor. Ello, además, iría en contra de diversos principios registrales a los que ya hemos hecho mención.

5. En consecuencia, el adjudicatario no está obligado a respetar el dere-

cho de uso. Quien sí lo estaba, mientras la finca era suya, era el progenitor no custodio, porque es él (y no el tercero rematante) quien debe satisfacer los alimentos —incluido techo en forma de uso de vivienda familiar— a los hijos, incluso tras la separación.

V. ALGUNAS CONSIDERACIONES DESDE EL NUEVO DERECHO CIVIL CATALÁN

Desde el 1-1-2011 el derecho de familia en Cataluña se rige por el Libro 2º CCC. Y en cuanto a la concesión del uso de la vivienda tras la crisis matrimonial se han producido importantes cambios e innovaciones, todos los cuales no podemos abordar en este trabajo (nos remitimos a los trabajos de ESPIAU ESPIAU, DÍAZ FRAILE y BERROCAL LANZAROT en BARRADA, GARRIDO y NASARRE [coords.], «El nuevo derecho de la persona y de la familia en el Libro 2º del Código Civil de Cataluña», Barcelona, 2011 [en prensa], ed. Bosch).

Primeramente, debe indicarse que en ningún precepto de los arts. 233-20 a 233-25 CCC dice el Código que el derecho al uso de la vivienda conyugal resultante de una crisis matrimonial se trate de un derecho real. Sin embargo, lo deducen algunos autores y el TS en alguna de sus resoluciones (la STS 18-1-2010, citada por la que ahora estudiamos como fundamento) del hecho de que el actual art. 233-22 CCC (como lo hacía ya el art. 83.3 CF) preceptúa que el derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad. De hecho, olvidan que:

a) No puede concluirse su naturaleza de «derecho real» del hecho de que se permita su inscripción o anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. Como se ha dicho, la DGRN 10-10-2008 también permitió la inscripción del derecho de uso del art. 96 CC, del cual el propio TS predica que no es un derecho real.

b) Que el art. 233-21.2 CCC prevé el supuesto en que los cónyuges no gocen de la vivienda en propiedad sino en cualquier otro título (o sin, él, puede extenderse) los efectos de la atribución judicial del uso quedan limitados por lo que disponga el título, de acuerdo con la ley y si lo detentan por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando éste reclama su uso. Por lo tanto, mal puede considerarse un derecho real, al menos para todos los supuestos, cuando sus «efectos» quedan limitados al derecho sobre el que recae: ¿puede ello decir que se trata de un derecho real de uso que recae sobre un derecho de arrendamiento? ¿o sobre un comodato? Y si la casa se tiene en precario, el supuesto «derecho real», sobre ¿qué derecho recae, si precisamente no hay derecho sobre el que recaer? Y todo esto es independiente de si se inscribe o no.

A tenor de ello, ¿podemos estar ante un derecho de uso de los arts. 562-

2 a 562-8 CCC? Difícilmente le son de aplicación alguno de sus preceptos, como el hecho de tratarse de derecho real sobre cosa ajena, especialmente cuando el cónyuge que se queda con el uso vía resolución y liquidación de crisis matrimonial es copropietario de la vivienda: no puede ser ya un derecho real en cosa ajena. No obstante, comparte con él la naturaleza alimentaria que queda patente, por un lado, en los arts. 562-6 y 562-8 CCC al referirse a la extensión del uso o a la percepción de frutos, que podrán ser sólo hasta lo necesario para cubrir sus necesidades, y por otro cuando el propio art. 233-21 o el art. 233-20 CCC señalan que la atribución del uso en este supuesto de crisis matrimonial es intercambiable con los alimentos (art. 233-20.7 CCC) o para satisfacer éstos (art. 233-20 CCC).

Tampoco estaríamos en el mismo caso que en el art. 96 CC. Así, el art. 233-25 CCC permite al titular de la vivienda o de algún derecho real sobre la misma poder disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge al que se le ha atribuido el derecho de uso —a diferencia del art. 96.4 CC—, ahora bien, sin menoscabo del derecho de uso. Desde luego tampoco le es de aplicación el art. 231-9 CCC (antiguo art. 9 CF) que se refiere a la limitación de disposición únicamente a la situación constante matrimonio y como parte del régimen económico primario, paliativo del régimen de separación de bienes, el que por defecto sigue rigiendo en Cataluña (art. 231-10.2 CCC), a pesar de la nueva regulación de la compensación por razón del trabajo que la asemeja en muchos aspectos a un régimen de participación en las ganancias (ver NASARRE AZNAR, Sergio, La compensación por razón...).

A nuestro juicio se trata de otra manera de satisfacer los alimentos a los que es condenado el cónyuge no custodio —cuando el uso se atribuye por existencia de hijos comunes— o a pagar la parte alimenticia de la prestación compensatoria, dado que, sin calificarlo —ni poderse configurar— como un derecho real, tampoco se trata de una simple limitación de poder disposición.

Efectivamente, el derecho de uso debe ponderar como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y, en su caso, para la prestación compensatoria debida al cónyuge a quien se le atribuye el uso de la vivienda (art. 233-20.7 CCC). Como se ha explicado para el supuesto del art. 96 CC, el uso, en este caso, es desgajado de entre las facultades dominicales (aunque no sea del dominio absoluto, puede provenir de facultades dominicales limitadas, como las que derivan de los derechos reales de usufructo o del arrendamiento, pero hasta su límite, según el art. 233-21.2 CCC) que le corresponderían al cónyuge fuerte que, como sucede en la sentencia comentada, fuera el único propietario de la vivienda. Es un «derecho a usar» o un «derecho al uso» en exclusiva de la vivienda en cuestión y no un «derecho de uso», entendido como un derecho real autónomo.

Y este «derecho a usar» tiene un marcado carácter alimentario y se proyecta sobre la vivienda en cuestión, persiguiéndola independientemente

de quien sea su titular (ej. en caso de venta por parte del cónyuge propietario no poseedor), tal y como señala el art. 233-25 CCC, e independientemente de cuál sea el derecho que los cónyuges tenían sobre la misma (propiedad, alquiler, comodato, usufructo, etc.). Porque ese derecho a usar es consustancial y desgajable como facultad tanto del dominio (art. 541-1) como del usufructo (una de sus facultades es el derecho a usar, según el art. 561-2 CCC), como del arrendamiento de inmuebles (art. 1546 CC), como del comodato (art. 1740.1 CC). Entendido así, como facultad desgajada convertida en derecho, entonces sí se comprende que su alcance no podrá ir más allá que el alcance que tiene el derecho sobre el que recae: cuando se extinga el arrendamiento, se extinguirá tal derecho de uso; cuando lo haga el usufructo, así pasará con el derecho a usar. Y si resulta que ese «derecho a usar» recae sobre un precario, tendrá asimismo consideración de precario. De manera que, como dice el art. 233-21.2 CCC sus efectos se acaban cuando lo decide aquél que sí tiene derecho a poseer el inmueble, porque «el derecho a usar un precario» no es más —y no puede ser más— que un precario.

El respeto al derecho de uso catalán que preconiza el art. 233-25 CCC lo hace depender, a nuestro juicio, de su publicidad en el Registro de la Propiedad (art. 233-22 CCC), sin que se prejuzgue su naturaleza como derecho real: pensamos que es un derecho familiar, alimenticio. No obstante es inscribible, se concreta o proyecta sobre el inmueble y lo persigue, dado que el art. 233-25 CCC claramente estipula que no es necesario el consentimiento del (ex)cónyuge no titular para enajenar, sin perjuicio de si, por estar inscrito, sigue vigente el derecho de uso.

En consecuencia, si tuviera que resolverse el caso que ahora comentamos vías derecho civil catalán, la solución sería la misma, dado que el derecho de uso no estaba registrado. Sólo si el derecho de uso hubiese estado registrado antes que la constitución de la hipoteca, dicho derecho de uso debería ser respetado de acuerdo con los arts. 233-22 y 25 CCC y a diferencia de lo que sucedía en derecho común para el caso en que la Sra. Isabel hubiese dado consentimiento a la constitución de la hipoteca (aunque fuera posterior).

VI. UNA BREVE REFERENCIA A LOS OVERRIDING INTERESTS INGLESES

El caso *Williams & Glyn's Bank v Boland* 1980 en el Reino Unido es sintomático de los derechos que tienen los cónyuges no titulares registrales de la vivienda familiar en relación a ésta y qué les sucede en caso de que el cónyuge que aparece como único titular registral hipoteca la casa. En este caso, ambos esposos contribuyeron al pago de la vivienda, aunque sólo el marido aparecía en el Registro de la Propiedad. Posteriormente él, unilateralmente, hipotecó la casa, impagando posteriormente, ejecutándose en consecuencia la finca. La Cámara de los Lores consideró que la esposa tenía un overriding interest, que debía prevalecer frente al

derecho del banco a ejecutar, tanto porque ella estaba ocupando la vivienda conyugal como porque contribuyó a su adquisición.

Los overriding interests son derechos no registrables que vencen a cualquier otro interés sobre la tierra, aunque éste sea previo y esté registrado. Son derechos como los arrendamientos de corta duración o los derechos legales de paso. Debe inspeccionarse físicamente la finca para determinar si existe una ocupación real (la actual occupation es un requisito para la protección de los overriding interests, S. 70 (1) (g) Land Registration Act 1925). La Law Commission ha apostado por la limitación de los overriding interests, debido a la peculiaridad de su naturaleza y efectos, lo que se concretó en la Land Registration Act 2002.

Sergio Nasarre Aznar

SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2010 (RJ 2010, 7446)

2309

OBJETO Resolución contractual e incumplimiento recíproco.

PARTES Epaat. S.L (recurrente) *contra* Compañía Mercantil Promociones O' Carón S.L. y Don Valentín.

PONENTE Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO SEIJAS QUINTANA

FALLO No ha lugar al recurso

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Arts. 1101 y ss.; 1124 y 1504 CC.

DOCTRINA:

Es la actora y no el demandado la que ejercita la acción resolutoria del artículo 1124 del CC, sobre la base del incumplimiento por parte de la vendedora puesto que con la venta de la finca a otra entidad frustró definitivamente la posibilidad de que se le transmitiera, de tal forma que hay la infracción del artículo 1504 del Código Civil, relativo a la resolución de la compraventa de inmueble por falta de pago del precio por el comprador, ya que no se ha producido el requerimiento resolutorio por parte del vendedor con fundamento en el incumplimiento de la compradora. Ahora bien, lo que no es posible es convertir en cumplidor a quien no lo es en virtud de que quien también lo fue no le hizo un requerimiento resolutorio previo, pues incumplidor es tanto quien no atendió en el plazo convenido la obligación de pago, como el que, sin resolver el contrato, reacciona ante el impago vendiendo la finca a un tercero, razón por la que el Tribunal de apelación, acertadamente, enjuició la situación desde la perspectiva del artículo 1124 del Código sin mencionar, para nada, aquella otra norma del 1504.

Es hecho probado de la sentencia que hubo incumplimiento mutuo de comprador y vendedor, es decir, el incumplimiento ha procedido de ambas partes contratantes, situación que es resuelta por la doctrina de esta Sala en el sentido de que tratándose de negocios jurídicos sinalagmáticos, como es el de compraventa, el incumplimiento recíproco impide que pueda constituirse en causa de resolución, y está la cuestión de orden fáctico del incumplimiento por ambas partes de sus respectivas obligaciones impide acceder a la concesión de la indemnización de daños y perjuicios.